

RG 141
-1988
I02
GOVT

Government
Publications

Information Bulletin

No. 2
January, 1988



Advance Ruling Certificates

Director of Investigation
and Research

Competition Act



Consumer and
Corporate Affairs
Canada

Consommation
et Corporations
Canada

Information Bulletin

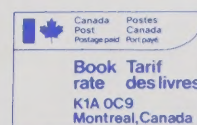
No. 2
January, 1988



Advance Ruling Certificates

Director of Investigation
and Research

Competition Act



Consumer and
Corporate Affairs
Canada

Consommation
et Corporations
Canada

CA1
RG141
-1988
I02

Information Bulletin

No. 2
January, 1988



Advance Ruling Certificates

Director of Investigation
and Research

Competition Act

Four sets of horizontal lines, each preceded by a thick orange bar, for handwritten entries.



Consumer and
Corporate Affairs
Canada

Consommation
et Corporations
Canada

ISSN 0836-0359
CCAC No. 189 10026 B 88-01

CAI
RG141
-1988
I02


This issue of the Information Bulletin discusses one aspect of Canada's new merger law as contained in the Competition Act -- the Advance Ruling Certificate -- and provides an outline of the general position of the Director of Investigation and Research regarding Advance Ruling Certificates. At the same time, the Bulletin explains the conditions under which such certificates may be issued, highlights some of their features, and discusses various matters related to their issuance.

Free copies of the Bulletin can be obtained from the offices of the Bureau of Competition Policy. Their addresses are listed at the end of the Bulletin.

The Bureau of Competition Policy is a part of the federal department of Consumer and Corporate Affairs and is headed by the Director of Investigation and Research. The Director is responsible for administering and enforcing the Competition Act, the legislation which is designed to foster a competitive environment in the nation's marketplace.

General information on the Competition Act may be obtained from the Bureau of Competition Policy, Consumer and Corporate Affairs Canada, Ottawa, Ontario, K1A 0C9, telephone (819) 994-0798.

Calvin S. Goldman
Director of Investigation
and Research



Digitized by the Internet Archive
in 2023 with funding from
University of Toronto

<https://archive.org/details/31761117091140>

ADVANCE RULING CERTIFICATES UNDER THE COMPETITION ACT, SECTIONS 74 AND 75

An Advance Ruling Certificate may be issued by the Director of Investigation and Research to a party or parties to a proposed merger transaction who want to be assured that the transaction will not give rise to proceedings under the merger provisions of the Competition Act. A certificate does not ensure approval of the transaction by any other regulatory authorities.

Under the Act, a merger is defined to include both a direct or indirect acquisition or establishment, by one or more persons, of control over or significant interest in the whole or a part of the business of a competitor, supplier, customer or other person. The methods of achieving this control include the purchase or lease of shares or assets, amalgamation or combination (section 63).

Under section 64 of the Competition Act, the Director of Investigation and Research may apply to the Competition Tribunal for an order in respect of a merger or proposed merger, any part of which prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially. A variety of orders may be issued by the Tribunal: forbidding completion or implementation of a proposed merger; directing the dissolution of a completed merger; directing the divestiture of specific assets or shares; and other orders, including those made on consent, designed to ensure that the merger does not prevent or lessen competition substantially. The prevention or lessening, or likely prevention or lessening, of competition assessed by the Tribunal may be confined to a specific geographic area,

a particular product or group of products, an individual trade, industry or profession, or to particular levels in the distribution chain.

What is an Advance Ruling Certificate?

Subsection 74(1) of the Act states:

74.(1) Where the Director is satisfied by a party or parties to a proposed transaction that he would not have sufficient grounds on which to apply to the Tribunal under section 64, he may issue a certificate to the effect that he is so satisfied.

This section indicates that an Advance Ruling Certificate may be issued when the Director has concluded that there are insufficient grounds to apply to the Competition Tribunal for an order against a proposed merger on the grounds that it would prevent or lessen competition substantially, or be likely to do so. The advance ruling mechanism offers a means of avoiding proceedings that may arise under section 64 of the Competition Act should the merger proceed. An Advance Ruling Certificate cannot be issued for a transaction that has been completed.

A certificate may, however, be issued when the proposed transaction raises competition concerns that have been or will be rectified by clear or immediate corrective steps. This is consistent with the Director's policy of encouraging voluntary compliance with the Act. However, if the corrective steps being contemplated would necessitate extensive monitoring of the transaction

and its effects, a certificate would not be appropriate.

An Advance Ruling Certificate may be issued without terms or undertakings, or upon certain terms or undertakings being fulfilled -- for example, divestiture. Failure to abide by such terms or undertakings may void the certificate.

The issuance of a certificate is at the discretion of the Director. In some cases the Director may decide, under the Program of Compliance, to monitor the effect of the proposed merger rather than issue a certificate. This might happen where market stability and the potential effect of the merger is not sufficiently certain. In this regard, the Competition Act provides a three-year limitation period (section 69) under which proceedings may be brought by the Director in respect of a merger. Therefore, in cases where it is uncertain whether the merger may provide grounds in that period of time for an application to the Tribunal, it is doubtful a certificate would be issued. However, in many of these instances a letter may be given under the Director's Program of Compliance setting forth the Director's views regarding the merger and the areas he will be monitoring during the three-year period. The Program of Compliance is discussed in more detail later in the Bulletin.

What is the effect of an Advance Ruling Certificate on the operation of the provisions of the Competition Act?

The Advance Ruling Certificate in itself is not an exemption from the substantive merger provisions of the Competition Act, although a transaction for which the Director has issued a certificate is exempt from Part VIII of the Act, which deals with notifiable transactions (s.85(b)).

Section 75 of the Act provides that, where the Director issues a certificate and the proposed transaction to which the certificate relates is completed within one year after the certificate is issued, the Director is barred from applying to the Tribunal solely on the basis of information that is the same or substantially the same as the information on which issuance of the certificate was based. Therefore, additional information that subsequently comes to the attention of the Director and that would have altered the basis for the issuance of the certificate, could render the certificate ineffective in barring proceedings. Thus, full disclosure by the parties at the time the certificate is requested is critical.

Information that was not made available to the Director at the time the certificate was issued, and that later comes to his attention, may prompt the Director to reconsider his position as stated in the certificate. If, before the transaction is completed, the circumstances surrounding the issuance of the certificate are substantially

changed by new information, thereby creating a competition concern, the Director may notify the parties giving them an opportunity to remedy any problem. If the problem is not remedied, the Director may commence an inquiry under the Act and ultimately institute proceedings before the Tribunal against the proposed transaction.

Where additional information that would have had a material bearing on the Director's decision to issue a certificate comes to light after the transaction has been substantially completed, the Director may apply to the Tribunal for an order if the additional information causes him to believe that the transaction lessens or is likely to lessen competition substantially. However, the Director is barred from proceeding against the merger if more than three years have elapsed since the transaction was substantially completed (section 69).

An application for, or the issuance of, a certificate will not prevent any inquiry the Director may choose to undertake in respect of any other provisions of the Act. For example, an inquiry into price fixing involving any or all of the parties to an application will not be interrupted by virtue of a proposed merger that is the subject of an application to the Director for an Advance Ruling Certificate. Likewise, anti-competitive conduct on the part of the merged company could cause the Director to examine the matter under other provisions of the Act, such as abuse of dominant position.

Are Advance Ruling Certificates available for other provisions of the Competition Act?

No. However, under the Program of Compliance, the Director endeavours to assist business people who wish to avoid conflict with any provision of the Competition Act by examining matters submitted to him and indicating whether going ahead with the proposed plans or agreements would lead him to commence an inquiry. Business people are not bound by the opinion given by the Director under the Program and are free to adopt practices that they are prepared to have tested before the Competition Tribunal or the courts. Similarly, the Director cannot bind himself or his successors by the opinion.

How does the Program of Compliance apply to proposed mergers?

While Advance Ruling Certificates for proposed mergers are expressly provided for in the Competition Act, the Program of Compliance is also available for proposed mergers. For example, a party or parties contemplating an acquisition might wish to consult the Director before making a request for a certificate. If competition issues are identified, they could be rectified at an early stage, leading to a more expeditious treatment of the request for a certificate when the appropriate time for the request has arrived. This procedure may be particularly useful for parties who must obtain clearance for the transaction from more than one government agency or who are otherwise

concerned about meeting future time constraints relating to the merger.

It may also be appropriate in some cases for parties to request both a letter of compliance and an Advance Ruling Certificate at the same time. If the certificate is not issued, the parties still receive an opinion letter from the Director under the Program of Compliance detailing his position and concerns regarding the proposed transaction. In this manner, the Director does attempt to provide some comfort to the parties who may not present the Director with a sufficiently strong and certain factual basis to warrant a certificate, but who also will not find themselves the subject of an inquiry under the Act if the merger goes forward, provided the issues the Director will be monitoring do not subsequently give rise to competition concerns. If the Director elects to monitor rather than challenge the transaction, without issuing an Advance Ruling Certificate, this would be discussed in the compliance letter.

What matters will the Director take into consideration in issuing a certificate?

The matters to be considered in assessing a proposed transaction include those listed in section 65 of the Competition Act. They illustrate that competition issues arising from a merger can be either horizontal when it involves the acquisition of a competitor, or vertical when it refers to the acquisition of a supplier or customer. The acquisition of a vigorous and effective competitor,

perhaps a product innovator, is just one example of how competition may be lessened substantially. Section 65 is not, however, an exhaustive list of situations in which competition may be adversely affected. For example, not referred to expressly is the acquisition of a supplier who is the only source of supply in a market. Competition could be substantially lessened by such an acquisition.

Another important factor to be considered is any efficiency gain that is likely to result from the proposed merger. Section 68 of the Act introduces this element into the assessment of mergers that prevent or lessen competition. Efficiency gains that can be attributed to the proposed merger and exceed or offset any harmful effects of the transaction on competition will be given favourable consideration by the Director when determining whether a certificate will be issued.

Any examination of potential competition issues also includes a determination of the relevant market, since an issue will only arise when competition in a particular market is adversely affected. "Market" includes both a product and a geographic dimension and, accordingly, the examination must identify both the customers served as well as the competitors. Concentration or market share will be considered by the Director; however, subsection 64(2) makes it clear that it must not be the sole basis for a conclusion that competition has been lessened substantially by a particular transaction.

When should a party or parties to a proposed merger transaction apply for a certificate?

Since an Advance Ruling Certificate is available only for proposed transactions, the application should be made as soon as reasonably practicable. An application can be made either before, together with, or after any formal filing under Part VIII of the Act for mergers that are the subject of a pre-notification requirement. This enables the parties to respond to any concerns or questions the Director might have so that a certificate may be issued before the transaction is completed. The Director is under a legal obligation to consider the matter expeditiously, and with the full assistance of the parties, the Director will be able to do so.

What are the advantages of applying for a certificate?

An application offers several advantages:

- As a matter of good corporate policy, most business people in Canada wish to comply voluntarily with the Competition Act. The Advance Ruling Certificate allows a party to a proposed transaction to substantially reduce or eliminate uncertainty over whether the merger would be subject to an application before the Competition Tribunal.
- If an Advance Ruling Certificate is issued, the transaction is also exempted from the merger pre-notification requirements of Part VIII of the Competition Act (s. 85(b)).
- If the application is made early, the Director can identify and suggest corrective measures for any competition concerns he may have, and the measures can be implemented, if the parties so choose, without the delay usually associated with formal merger proceedings. The time and expense required to provide the information and take the corrective steps, if necessary, for the issuance of a certificate would be considerably less than that involved in relation to a merger application before the Competition Tribunal.

What are the consequences of failing to apply?

There is no statutory obligation on a party or parties to a proposed transaction to apply for an Advance Ruling Certificate. However, if the Director believes that a proposed merger prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen competition substantially in a market, he may apply for an order from the Competition Tribunal under section 64 of the Act. The Tribunal has jurisdiction to prohibit the proposed merger or part of it from going ahead. Alternatively, it may prohibit the parties to the proposal from doing certain acts or, with consent, prescribe other positive measures that will be necessary to maintain competition.

Prior to the commencement of formal proceedings under section 64, the Director may seek an interim injunction prohibiting a proposed merger from being completed (section 72). Thus, failure to request an Advance Ruling Certificate or to otherwise notify the

Director of a proposed merger, unless a compliance letter has been obtained, may leave the transaction open to immediate challenge by the Director. It may also make it impossible for the parties to take early and appropriate corrective action, in consultation with the Director.

What type of information does the Director require from the applicant?

The decision to issue a certificate will be based largely on information received from the applicants for the certificate. Thus, the applicant should be willing to supply the Director or his authorized representatives with information relevant to the proposed merger and its effect on competition.

Unlike the merger pre-notification provisions in Part VIII of the Act, the Act does not list the information required to be supplied to the Director on an application for an advance ruling. The application should focus on the matters listed in section 65 that are considered to be relevant, as well as any efficiency gains likely to result from the transaction. The submission of relevant market share information and any related industry studies may also assist in attempting to satisfy the Director that there is no competition issue and that a certificate should be issued. The prompt provision of accurate information will make it easier to obtain a decision from the Director. Accuracy is also important in view of the scope of protection offered by section 75 of the Act if a certificate is issued.

Will the information provided to the Director by the applicant be kept confidential?

Paragraph 27(1)(d) of the Competition Act prohibits the Director or his authorized representative from communicating to another person the information obtained from an applicant for a certificate, except to a Canadian law enforcement agency or for the purposes of administering or enforcing the Act. The prohibition does not apply to information that has been made public (subsection 27(2)).

Within the limits of the confidentiality provisions of the Act, confidentiality will be strictly maintained over all information received by the Director. In particular, third parties such as competitors or customers will not be given access to the information supplied, unless the matter eventually proceeds to a hearing before the Tribunal and the information becomes part of the public record. At the same time, where appropriate the Director may solicit comments from such persons in a manner that will not jeopardize the confidentiality of the specific information supplied by the applicant. The manner and extent of such consultation will depend on the proposed transaction, the sensitivity of the information supplied, and the likelihood of economic harm resulting from disclosure of the information. The applicant should, therefore, bring to the Director's attention any confidentiality concerns that might exist. A request for confidentiality will usually be respected by the Director, but remember that such a request could

make it difficult to determine if a certificate is warranted. This is because necessary marketplace inquiries may not be possible, and hence adequate information supporting the issuance of a certificate may not be obtained.

Persons who have obtained an Advance Ruling Certificate may wish to disclose this fact at the time the merger is announced in order to assure shareholders or others that the merger is not likely to be the subject of an application by the Director to the Competition Tribunal. In these circumstances, any information disclosed to the public in the process would lose the protection afforded by section 27 of the Act.

If an application is made under section 74, but circumstances materially change following the issuance of the certificate, or if a certificate is not issued, for a proposed transaction, the information supplied in the application may be used by the Director in proceedings before the Tribunal regarding the transaction, or in any other proceeding necessary for administering or enforcing the Act. Consequently, potential applicants should be aware that information they supply under section 74 could become part of the public record if the Director decides to take proceedings under the Act.

How long is an Advance Ruling Certificate good for?

There is no expiry date for an Advance Ruling Certificate, provided the transaction is substantially completed within one year after the certificate

for which it is issued. If the transaction is not substantially completed within the year, the certificate expires, making it necessary to file a new application (section 75).

Are foreign-owned businesses treated differently?

Both foreign-owned and Canadian-owned businesses are equally subject to the merger provisions of the Competition Act, to the extent required in the fulfilment of their respective mandates. Moreover, a transaction deemed likely to be of net benefit to Canada under the Investment Canada Act is not, as a consequence, exempted from the application of the provisions of the Competition Act. However, there is close co-operation between Investment Canada and the Director within the limits of their respective mandates.

How quickly can an Advance Ruling Certificate be obtained?

The Director is obliged to respond to a request for an advance ruling as expeditiously as possible, but is not subject to any specific time frame for the response. However, it is the Director's policy to make every effort to meet reasonable commercial time constraints; therefore, these should be brought to the Director's attention at the time of the application.

As a practical matter, the time required will depend on the information provided, the complexity and size of the transaction, the availability of other market information, and the speed and willingness of the party or parties

to address any concerns of the Director. Ordinarily, in cases where no significant competition issue arises, the process can usually be completed within one or two months.

How to apply for an Advance Ruling Certificate

To apply for an Advance Ruling Certificate, an applicant should write the Merger Branch, Bureau of Competition Policy, Consumer and Corporate Affairs Canada, Ottawa, Ontario, K1A 0G9. A representative of the Director will then contact the applicant to outline any additional information required or to arrange a meeting.

Parties can also telephone the Branch to arrange a meeting to discuss the application at (819) 953-4306. In either case, written material supporting the application should be provided as discussed in this Information Bulletin.

Anyone wishing to obtain copies of this Bulletin or of other publications of the Director of Investigation and Research may write directly to:

The Bureau of Competition Policy
Consumer and Corporate Affairs Canada
Ottawa, Ontario K1A 0C9
Telephone: (819) 994-0798

Alternatively, requests may be made through any of the Regional Offices of the Director listed below.

Pacific Region

1400-800 Burrard Street
VANCOUVER, British Columbia V6Z 2H8
(604) 666-5000

Prairie Region

Oliver Building
10225 100th Avenue
EDMONTON, Alberta T5J 0A1
(403) 420-2489

2919-5th Avenue N.E.
CALGARY, Alberta T2A 6T8
(403) 292-5608

260 St. Mary Avenue, Room 201
WINNIPEG, Manitoba R3C 0M6
(204) 949-5567

Ontario Region

451 Talbot Street, Room 300
LONDON, Ontario N6A 5C9
(519) 679-4119

4900 Yonge Street, 6th Floor
WILLOWDALE, Ontario M2N 6B8
(416) 224-4065

10 John Street S., Room 600
HAMILTON, Ontario L8N 4A7
(416) 572-2873

Quebec Region

Guy-Favreau Complex
200 Dorchester Blvd. W., Room 534
East Tower
MONTREAL, Quebec H2Z 1X4
(514) 283-4571

410 Charest Blvd. E., Room 400
QUEBEC, Quebec G1K 8G3
(418) 694-3939

Atlantic Region

1489 Hollis Street, Room 1500
HALIFAX, Nova Scotia B3M 3M5
(902) 426-7610

Sir Humphrey Gilbert Building
165 Duckworth Street, 5th Floor
ST. JOHN'S, Newfoundland A1C 1G4
(709) 772-5519

Publications of the Director of Investigation and Research

- . Annual Report of the Director of Investigation and Research
- . Misleading Advertising Bulletin (published quarterly)
- . Speeches (issued periodically)
- . Prenotification Information Kit
- . Information Bulletins

On peut obtenir des copies du Bulletin ou des autres publications issues du Bureau du Directeur des enquêtes et recherches en écrivant à l'adresse suivante :

Bureau de la politique de concurrence
Consommation et Corporations Canada
Ottawa (Ontario) K1A 0C9
Tél. : (819) 994-0798

Ou encore, communiquer avec l'un des Bureaux régionaux ci-dessous.

Région du Pacifique

800, rue Burrard, bureau 1400
VANCOUVER (Colombie-Britannique)
V6Z 2H8
(604) 666-5000

Région des Prairies

Edifice Oliver
10225, 100^e Avenue
EDMONTON (Alberta) T5J 0A1
(403) 420-2489

2919, 5^e Avenue Nord-Est
CALGARY (Alberta) T2A 6T8
(403) 292-5608

260, avenue St. Mary, bureau 201
WINNIPEG (Manitoba) R3C 0M6
(204) 949-5567

Région de l'Ontario

451, rue Talbot, bureau 300
LONDON (Ontario) N6A 5C9
(519) 679-4119

Région de l'Atlantique

410, boul. Charest Est, bureau 400
QUÉBEC (Québec) G1K 8G3
(418) 694-3939

Complexe Guy-Favreau
200, boul. Dorchester O., bureau 534
Tour Est
MONTREAL (Québec) H2Z 1X4
(514) 283-4571

Région du Québec

4900, rue Yonge, 6^e étage
WILLOWDALE (Ontario) M2N 6B8
(416) 224-4065
10, rue John Sud, bureau 600
HAMILTON (Ontario) L8N 4A7
(416) 572-2873

Publications du Directeur des enquêtes et recherches

- Rapport annuel du Directeur des enquêtes et recherches
- Bulletin de la publicité trompeuse (publication trimestrielle)
- Allocations (publication périodique)
- Pochette d'information sur les préavis
- Bulletins d'information

du Directeur. Habituellement, dans les cas où aucune question importante n'est soulevée en matière de concurrence, le processus peut se terminer en un ou deux mois.

Comment fait-on une demande de certificat de décision préalable?

Pour faire une demande de certificat de décision préalable, le demandeur devrait écrire à la Direction des fusions, Bureau de la politique de concurrence, Consommation et Corporations Canada, Ottawa (Ontario) KIA 0G9. Un représentant du Directeur communiquera alors avec le demandeur pour obtenir des renseignements comple- mentaires ou fixer une rencontre.

Les parties peuvent également communi- quer avec la Direction en composant le (819) 953-4306 et s'entendre sur la tenue d'une réunion pour discuter de la demande. Dans un cas comme dans l'autre, il faut fournir des documents écrits à l'appui de la demande tel qu'il est mentionné dans ce Bulletin.

Dans ces circonstances, tout renseignement divulgué au public au cours du processus ne serait plus protégé par l'article 27 de la Loi.

Si une demande est faite en vertu de l'article 74, mais que les circonstances changent essentiellement à la suite de la délivrance du certificat ou qu'un certificat n'est pas délivré pour une transaction proposée, les renseignements fournis dans la demande peuvent être utilisés par le Directeur dans les procédures instituées devant le Tribunal en ce qui concerne la transaction, ou dans toute autre procédure nécessaire à l'application ou au contrôle d'application de la Loi. Par conséquent, les demandeurs éventuels devraient savoir que les renseignements qu'ils fournissent en vertu de l'article 74 pourraient tomber dans le domaine public si le Directeur décidait d'entamer des procédures en vertu de la Loi.

Pendant combien de temps le certificat de décision préalable est-il valable?

Il n'existe pas de date d'expiration en ce qui concerne un certificat de décision préalable, pourvu que la transaction soit en substance complétée dans l'année suivant la délivrance du certificat qui s'y rapporte. Si la transaction n'est pas en substance complétée dans l'année, le certificat prend fin et il est alors nécessaire de présenter une nouvelle demande (article 75).

Les sociétés à capital étranger sont-elles traitées différemment?

Tant les sociétés à capital étranger que les sociétés à capital canadien sont assujetties aux dispositions de la Loi sur la concurrence en matière de fusionnement, dans la mesure nécessaire à l'exécution de leur mandat respectif. De plus, une transaction réputée être vraisemblablement à l'avantage net du Canada en vertu de la Loi sur Investissement Canada ne fait pas en conséquence l'objet d'une exception en ce qui concerne l'application des dispositions de la Loi sur la concurrence. Toutefois, il existe une étroite collaboration entre Investissement Canada et le Directeur, et ce, dans les limites de leur mandat respectif.

Combien de temps faut-il pour obtenir un certificat de décision préalable?

Le Directeur est obligé de répondre à une demande de décision préalable aussi rapidement que possible, mais il n'est assujéti à aucun délai particulier. Toutefois, c'est la politique du Directeur de faire tous les efforts nécessaires pour respecter les délais raisonnables imposés par les exigences commerciales; ceux-ci devraient donc être portés à l'attention du Directeur au moment de la demande.

Du point de vue pratique, le laps de temps nécessaire dépendra des renseignements fournis, de la complexité et de l'importance de la transaction, de l'accessibilité des autres renseignements sur le marché et de la rapidité et de la bonne volonté de la ou des parties à répondre aux préoccupations

figurant dans la Partie VIII de la Loi, cette dernière ne prévoit aucune liste de renseignements à fournir au

Directeur concernant une demande de décision préalable. Le demandeur devrait se concentrer sur les questions énumérées à l'article 65 et jugées pertinentes, ainsi que sur les gains en efficacité susceptibles d'être réalisés par la transaction. La présentation de renseignements sur la part du marché et de toute étude industrielle connexe aide également à convaincre le Directeur qu'il n'existe aucun problème en matière de concurrence et qu'un certificat devrait être délivré. La promesse de renseignements exacts permettra au Directeur de prendre une décision plus rapidement. L'exactitude des renseignements est également importante étant donné l'étendue de la protection offerte par l'article 75 de la Loi si un certificat est délivré.

Les renseignements fournis au Directeur par le demandeur resteront-ils confidentiels?

L'alinéa 27(1)d) de la Loi sur la concurrence interdit au Directeur ou à son représentant autorisé de communiquer à une autre personne les renseignements obtenus du demandeur en ce qui concerne le certificat, sauf à un organisme canadien chargé de l'application ou du contrôle d'application de la loi ou aux fins de l'application ou du contrôle d'application de la Loi. L'interdiction ne s'applique pas à l'égard de renseignements devenus publics (paragraphe 27(2)).

Dans les limites fixées par les dispositions de la Loi concernant la confi-

identialité, cette dernière sera strictement observée à l'égard de tous les renseignements reçus par le Directeur. En particulier, les tiers, comme les concurrents ou les clients, n'auront pas accès aux renseignements fournis, à moins que l'affaire ne soit éventuellement entendue par le Tribunal et que les renseignements tombent dans le domaine public. En même temps, le Directeur peut, selon le cas, inviter ces personnes à présenter leurs observations de façon à ne pas nuire à la confidentialité des renseignements fournis par le demandeur. Le type et la portée de ces consultations dépendra de la transaction proposée, du caractère délicat des renseignements fournis et de la probabilité de dommages économiques résultant de la divulgation des renseignements. Par conséquent, le demandeur devrait attirer l'attention du Directeur sur toute question qui pourrait subsister en matière de confidentialité. Une demande en matière de confidentialité sera généralement respectée par le Directeur. Il faut cependant se rappeler qu'une telle demande pourrait rendre difficile la justification d'un certificat, du fait que l'on ne peut pas demander de renseignements sur ce marché et qu'on pourrait ainsi ne pas obtenir les renseignements visant à appuyer la délivrance d'un certificat. Les personnes qui ont obtenu un certificat de décision préalable peuvent souhaiter divulguer ce fait au moment de l'annonce du fusionnement afin d'assurer aux actionnaires, ou autres, que le fusionnement ne fera vraisemblablement pas l'objet d'une demande par le Directeur au Tribunal de la concurrence.

- Si un certificat de décision préalable est délivré, la transaction fait l'objet d'une exception en ce qui concerne les exigences sur le préavis du fusionnement prévues par la Partie VII de la Loi sur la concurrence (alinéa 85 b)).
- Si la demande est faite au tout début, le Directeur peut déterminer les mesures correctives concernant tout problème qu'il pourrait avoir en matière de concurrence. Ces mesures pourront, à la discrétion des parties, être mises en oeuvre, sans avoir à subir les délais qu'entraînent généralement des procédures officielles en matière de fusionnement. Le temps et les frais nécessaires pour fournir les renseignements et prendre les mesures correctives, au besoin, concernant la délivrance d'un certificat seraient beaucoup moindres que le temps et les frais consacrés à la défense d'une demande de fusionnement devant le Tribunal de la concurrence.

Quelles sont les conséquences du fait de ne pas présenter de demande?

Il n'y a pas d'obligation légale pour une ou plusieurs parties à une transaction proposée concernant une demande de certificat de décision préalable. Toutefois, si le Directeur croit qu'un fusionnement proposé empêche ou diminue sensiblement la concurrence ou qu'il aura vraisemblablement cet effet dans un marché, il peut demander au Tribunal de la concurrence de rendre une ordonnance en vertu de l'article 64 de la Loi. Le Tribunal a le pouvoir d'inter-

dire de procéder au fusionnement proposé ou à une partie de celui-ci. D'autre part, il peut interdire aux parties à la proposition d'accomplir certains actes ou, par consentement, prescrire d'autres mesures positives qui seront nécessaires pour assurer le maintien de la concurrence.

Avant le début des procédures officielles en vertu de l'article 64, le Directeur peut chercher à obtenir une injonction provisoire interdisant qu'un fusionnement proposé soit complété (article 72). Ainsi, le fait de ne pas demander un certificat de décision préalable ou de ne pas aviser autrement le Directeur en ce qui concerne un fusionnement proposé, à moins qu'un avis en vertu du Programme d'incitation au respect de la Loi n'ait été obtenu, pourrait exposer la transaction à être immédiatement contestée par le Directeur. Cela peut également empêcher les parties de prendre dès le début les mesures correctives appropriées, de concert avec le Directeur.

Quel type de renseignements le demandeur doit-il fournir au Directeur?

La délivrance d'un certificat sera fondée dans une large mesure sur les renseignements reçus des demandeurs de certificat. Ainsi, le demandeur doit être disposé à fournir au Directeur ou à ses représentants autorisés les renseignements se rapportant au fusionnement proposé et à ses effets sur la concurrence.

Contrairement aux dispositions sur le préavis en matière de fusionnement

l'article 65 ne donne pas une liste exhaustive des situations dans lesquelles la concurrence peut être défavorablement touchée. Par exemple, il n'est pas expressément fait mention de l'acquisition d'un fournisseur étant la seule source d'approvisionnement d'un marché. La concurrence pourrait être sensiblement diminuée par une telle acquisition.

Une autre question importante à examiner est le cas des gains en efficacité qui seront vraisemblablement réalisés par le fusionnement proposé. L'article 68 de la Loi introduit cet élément dans l'évaluation du fusionnement qui empêche ou diminue la concurrence. Les gains en efficacité qui peuvent être attribués au fusionnement proposé et surpasser ou neutraliser les effets néfastes de la transaction sur la concurrence seront vus d'un oeil favorable par le Directeur au moment de déterminer si un certificat doit être délivré.

Tout examen de problèmes possibles en matière de concurrence comprend également la détermination du marché pertinent, étant donné qu'un problème ne se présentera que lorsque la concurrence dans un marché particulier est défavorablement touchée. Le terme "marché" comprend tant un produit qu'une zone géographique et, par conséquent, l'examen doit porter tant sur les clients que sur les concurrents. Le Directeur examinera la concentration ou la part du marché; toutefois, le paragraphe 64(2) précise que la concentration ou la part du marché ne doit pas être la seule raison de conclure que la concurrence a été diminuée sensiblement par une transaction particulière.

À quel moment une ou plusieurs parties à une transaction relative à un fusionnement proposé devraient-elles demander un certificat?

Étant donné qu'un certificat de décision préalable n'est disponible que pour les transactions proposées, la demande devrait être faite le plus tôt possible. Une demande peut être présentée soit avant, en même temps, ou après tout dépôt officiel en vertu de la Partie VIII de la Loi en ce qui concerne les fusionnements devant faire l'objet d'un avis. Les parties peuvent ainsi réagir à toute préoccupation ou question du Directeur, de sorte qu'un certificat puisse être délivré avant que la transaction ne soit complétée. Le Directeur a l'obligation légale de considérer la question avec célérité et la pleine collaboration des parties l'aidera à s'acquitter de cette obligation.

Quels sont les avantages d'une demande de certificat?

Une demande offre plusieurs avantages :

- En tant que politique institutionnelle, le Directeur apprécie le fait que la plupart des hommes et des femmes d'affaires canadiens désirent se conformer volontairement à la Loi sur la concurrence. Le certificat de décision préalable permet à une partie à une transaction proposée de réduire sensiblement ou d'éliminer l'incertitude quant à savoir si le fusionnement ferait l'objet d'une demande devant le Tribunal de la concurrence.

L'inciterait à entamer une enquête. Les hommes et les femmes d'affaires ne sont pas liés par l'opinion du Directeur donnée dans le cadre du programme et ils sont libres d'adopter les pratiques qu'ils sont disposés à soumettre au Tribunal de la concurrence ou aux tribunaux. De même, l'opinion du Directeur ne peut lier celui-ci ni ses successeurs.

Comment le Programme d'incitation au respect de la Loi s'applique-t-il au fusionnement proposé?

Alors que les certificats de décision préalable concernant des fusionnements proposés sont expressément prévus par la Loi sur la concurrence, le Programme d'incitation au respect de la Loi est également offert dans ce cas. Par exemple, il est possible qu'une ou plusieurs parties envisageant d'effectuer une acquisition souhaitent consulter le Directeur avant de présenter une demande de certificat. Si l'on décourtait des problèmes ayant trait à la concurrence, ceux-ci pourraient être corrigés au tout début, facilitant ainsi un traitement rapide de la demande de certificat en temps opportun. Cette méthode peut être particulièrement utile aux parties qui doivent obtenir l'approbation de la transaction de plus d'un organisme gouvernamental ou qui se préoccupent du respect des délais futurs se rapportant au fusionnement.

Il peut être approprié dans certains cas que les parties demandent en même temps un avis en vertu du Programme d'incitation au respect de la Loi et un certificat de décision préalable.

Si le certificat n'est pas délivré, les parties reçoivent quand même par écrit une opinion du Directeur qui expose en détail sa position et ses préoccupations concernant la transaction proposée. De cette manière, le Directeur cherche dans une certaine mesure à rassurer les parties qui ne lui présentent pas de faits suffisamment sérieux et certains pour justifier un certificat, mais qui ne feront pas non plus l'objet d'une enquête en vertu de la Loi si l'on procède au fusionnement, pourvu que les questions examinées par le Directeur ne donnent pas subéquemment lieu à des préoccupations en matière de concurrence. Si le Directeur choisit de contrôler plutôt que de contester la transaction, et ce, sans délivrer un certificat de décision préalable, il pourra en faire état dans son avis écrit.

Quelles questions le Directeur prendra-t-il en considération lors de la délivrance d'un certificat?

Les questions à étudier au cours de l'évaluation d'une transaction proposée comprennent celles qui sont énumérées à l'article 65 de la Loi sur la concurrence. Elles démontrent que les problèmes de concurrence occasionnés par un fusionnement peuvent être soit horizontaux, c'est-à-dire, lorsqu'il s'agit de l'acquisition d'un concurrent, soit verticaux lorsqu'il s'agit de l'acquisition d'un fournisseur ou d'un client. L'acquisition d'un concurrent vigoureux et efficace, peut-être un innovateur en matière de produits, n'est qu'un des exemples montrant que la concurrence peut être diminuée sensiblement. Toutefois,

certificat, faire une demande au Tribunal lorsque la demande est exclusive-ment fondée sur les mêmes ou en substance les mêmes renseignements que ceux qui ont justifié la délivrance du certificat. Par conséquent, des renseignements complémentaires signalés subséquemment au Directeur et qui auraient modifié le fondement de la délivrance du certificat, pourraient rendre le certificat inefficace à empêcher l'institution de procédures. Il est donc essentiel que les parties divulguent tous les renseignements nécessaires avant la délivrance du certificat.

Des renseignements qui n'ont pas été rendus accessibles au Directeur au moment de la délivrance du certificat et signalés plus tard à son attention peuvent l'inciter à reconsidérer sa position comme il est mentionné dans le certificat. Si, avant la clôture de la transaction, les circonstances entourant la délivrance du certificat sont modifiées en substance par les nouveaux renseignements, créant ainsi un problème au niveau de la concurrence, le Directeur peut aviser les parties et leur donner l'occasion de corriger le problème. Si le problème n'est pas corrigé, le Directeur peut entamer une enquête en vertu de la Loi et ensuite engager des procédures devant le Tribunal contre la transaction proposée.

Si des renseignements complémentaires ayant pu avoir une portée importante sur la décision du Directeur sont mis en lumière après que la transaction a été complétée en substance, le Directeur peut demander au Tribunal de

rendre une ordonnance si les renseignements complémentaires le portent à croire que la transaction diminue sensiblement la concurrence ou aura vraisemblablement cet effet. Toutefois, le Directeur ne peut entamer de procédures contre le fusionnement si plus de trois ans se sont écoulés depuis que la transaction a été en substance complétée (article 69).

Une demande de certificat ou la délivrance d'un certificat n'empêchera pas le Directeur de mener toute enquête qu'il choisit d'entreprendre en ce qui concerne toute autre disposition de la Loi. Par exemple, une enquête en matière de fixation des prix touchant une seule ou toutes les parties à une demande ne sera pas interrompue en vertu d'un fusionnement proposé faisant l'objet d'une demande au Directeur concernant un certificat de décision préalable. De même, la conduite anticoncurrentielle de la société fusionnée pourrait inciter le Directeur à examiner la question en vertu d'autres dispositions de la Loi, telles que l'abus de position dominante.

Existe-t-il des certificats de décision préalable pour d'autres dispositions de la Loi sur la concurrence?

Non. Toutefois, en vertu du Programme d'incitation au respect de la Loi, le Directeur cherche à aider les hommes et les femmes d'affaires qui ne veulent entrer en conflit avec aucune disposition de la Loi sur la concurrence en examinant les questions qui lui sont soumises et en indiquant si l'adoption des plans ou des ententes proposées

prévoit une période limite de trois ans (article 69) pendant laquelle le Directeur peut présenter une demande concernant un fusionnement. Par conséquent, lorsqu'il y a un certain degré d'incertitude quant à savoir si le fusionnement peut susciter des motifs au cours de cette période en ce qui concerne une demande au Tribunal, il est douteux qu'un certificat soit délivré. Toutefois, dans un grand nombre de cas, une lettre peut être envoyée en vertu du Programme d'incitation au respect de la Loi exposant les vues du Directeur concernant le fusionnement et les domaines qu'il surveillera au cours de la période de trois ans. Le Programme d'incitation au respect de la Loi est exposé de façon plus détaillée dans les pages qui suivent.

Quel est l'effet d'un certificat de décision préalable sur l'application des dispositions de la Loi sur la concurrence?

Le certificat de décision préalable ne constitue pas en soi une exception par rapport aux dispositions principales de la Loi sur la concurrence en matière de fusionnement, bien qu'une transaction à l'égard de laquelle le Directeur a émis un certificat, ne soit pas soumise à la Partie VII de la Loi portant sur les transactions devant faire l'objet d'un avis (alinéa 85 b)).

L'article 75 de la Loi prévoit qu'après la délivrance d'un certificat, le Directeur ne peut pas, si la transaction à laquelle se rapporte le certificat est en substance complétée dans l'année suivant la délivrance du

d'éviter les procédures pouvant être entamées en vertu de l'article 64 de la Loi sur la concurrence, dans l'éventualité d'un fusionnement. Un certificat de décision préalable ne peut être délivré pour une transaction qui a été complétée.

Un certificat peut toutefois être délivré lorsque la transaction proposée suscite des inquiétudes en matière de concurrence qui ont été ou qui seront rectifiées par des mesures correctives, précises ou immédiates. Cette pratique est conforme à la politique du Directeur qui veut encourager l'observation volontaire de la Loi. Cependant, si les mesures correctives envisagées nécessitent un contrôle étendu de la transaction et de ses effets, il ne serait pas approprié de délivrer un certificat.

Un certificat de décision préalable peut être délivré sans condition ou engagement, ou sous réserve de certaines conditions ou engagements, imputables quant par exemple, un dessaisissement. Le fait de ne pas respecter ces conditions ou ces engagements pourrait entraîner l'annulation du certificat.

Le Directeur dispose d'un pouvoir discrétionnaire quant à la délivrance d'un certificat. Dans certains cas, le Directeur peut décider, en vertu du Programme d'incitation au respect de la Loi, de surveiller l'effet du fusionnement proposé au lieu de délivrer un certificat. Cette situation peut survenir lorsque la stabilité du marché et l'effet éventuel du fusionnement ne sont pas suffisamment clairs. À cet égard, la Loi sur la concurrence

LES CERTIFICATS DE DÉCISION PRÉALABLE
EN VERTU DE LA LOI SUR LA CONCURRENCE
ARTICLES 74 ET 75

Le certificat de décision préalable peut être délivré par le Directeur des enquêtes et recherches à une ou à plusieurs parties à une transaction de fusionnement proposée qui souhaitent être assurées que la transaction ne donnera pas lieu à des procédures en vertu des dispositions de la Loi sur la concurrence en matière de fusionnement. Un certificat ne garantit pas l'approbation de la transaction par d'autres organismes de réglementation.

En vertu de la Loi, la définition d'un fusionnement comprend l'acquisition ou l'établissement, par une ou plusieurs personnes, directement ou indirectement, du contrôle sur la totalité ou quelque partie d'une entreprise d'un concurrent, d'un fournisseur, d'un client, ou d'une autre personne, ou peut se réaliser par achat ou location d'actions ou d'éléments d'actifs, soit par fusion ou association d'intérêts (article 63).

En vertu de l'article 64 de la Loi sur la concurrence, le Directeur des enquêtes et recherches peut demander au Tribunal de la concurrence de rendre une ordonnance relative à un fusionnement ou à un fusionnement proposé, dont toute partie empêche ou diminue sensiblement la concurrence ou aura vraisemblablement cet effet. Le Tribunal peut rendre une gamme d'ordonnances : interdiction de mener à terme ou de mettre en oeuvre un fusionnement proposé; ordonnance de dissoudre un fusionnement complet; ordonnance de se dessaisir d'éléments d'actifs ou d'actions parti-

culiers; autres ordonnances, y compris les ordonnances par consentement, conçues pour faire en sorte que ce fusionnement n'empêche ni ne diminue sensiblement la concurrence.

L'empêchement ou la diminution de la concurrence ou l'empêchement ou la diminution sensible de la concurrence qui seront évalués par le Tribunal se limiteront à une zone géographique particulière, à un produit ou à un groupe de produits particuliers ou à un commerce, à une industrie ou à une profession particulière, ou à des niveaux particuliers de la chaîne de distribution.

Qu'est-ce qu'un certificat de décision préalable?

Le paragraphe 74(1) de la Loi stipule ce qui suit :

74. (1) Lorsqu'une ou plusieurs parties à une transaction proposée convainquent le Directeur qu'il n'aura pas de motifs suffisants pour faire une demande au Tribunal en vertu de l'article 64, le Directeur peut délivrer un certificat attestant cette conviction.

Cet article prévoit qu'un certificat de décision préalable peut-être délivré lorsque le Directeur a conclu qu'il n'y a pas de motifs suffisants pour demander au Tribunal de la concurrence de rendre une ordonnance contre un fusionnement proposé parce qu'il empêcherait ou diminuerait sensiblement la concurrence ou aurait vraisemblablement cet effet. Le mécanisme relatif à la décision préalable constitue un moyen

Le présent Bulletin porte sur un aspect des nouvelles dispositions sur les fusions figurant dans la Loi sur la concurrence, soit le certificat de décision préalable. Le Bulletin donne aux intéressés une idée générale de la position du Directeur des enquêtes et recherches concernant les certificats de décision préalable. De plus, il explique les conditions selon lesquelles un tel certificat peut être délivré et souligne quelques-unes de leurs caractéristiques et certaines questions relatives à leur délivrance. On peut obtenir gratuitement des copies du Bulletin auprès du Bureau de la politique de concurrence. La liste des adresses figure à la fin du présent numéro.

Composante de Consommation et Corporations Canada, le Bureau de la politique de concurrence est placé sous la direction du Directeur des enquêtes et recherches, responsable de l'administration et de l'application de la Loi sur la concurrence. Cette Loi vise à favoriser un climat de concurrence sur le marché canadien.

On peut obtenir des renseignements concernant la Loi sur la concurrence en s'adressant au Bureau de la politique de concurrence, Consommation et Corporations Canada, Ottawa (Ontario) KIA 0G9 ou en composant le (819) 994-0798.

Calvin S. Goldman
Directeur des enquêtes
et recherches

ISSN 0836-0359
C&C n° 189 10026 B 88-01

Bulletin d'information

Numéro 2
Janvier 1988

Certificat de décision préalable

Directeur des enquêtes
et recherches

Loi sur la concurrence

